

共同正犯論における「共働」概念 について

阿 部 力 也

- I 本稿の目的
- II 分析の視角
- III 行為決意の強化は客観的寄与に十分か？
- IV 結論

I 本稿の目的

共同正犯の客観的成立要件を考えるうえで重要なのは、各関与者に要求される「寄与」の程度、あるいはどの段階での「寄与」であれば、共同の行為実行ないし実行行為の共同として評価できるのか、という視点である。そして、これをめぐる理論的対立が、各関与者に必要とされる客観的寄与の程度およびその遂行時期は、いわゆる予備段階における共働で十分に足りると考えるのか、そうではなく、実行段階での共働に限定されると考えるのか、という争いにほかならない⁽¹⁾。予備段階の共働でも共同正犯の成立に必要な客観的寄与として十分に認められるとする見解は⁽²⁾、「行為の共同実行」とはかならずしも実行行為を各関与者が共同して遂行することを意味するのではなく、実行行為以外の行為を共同することであっても足りる場合があることを承認している考え方といってよい。これに対し、実行段階での共働に限定されるとする見解は⁽³⁾、予備段階での共働にすぎない行為者の関与は「寄与」として十分ではないのであり、共同正犯の成立を認めるためには各行為者による「実行段階」における結果発生に対して「本質的」な共働と評価されうるような寄与でなけれ

ばならないとする考え方を意味する。しかし実際には予備的段階での共働を認めているとされる見解においても、どのような行為であれ、また予備的段階であってもそれが遂行されればすべて客観的寄与として評価されているというわけではなく、また実行段階に限定されるといっても、その実行行為段階の確定ということが、一つの問題として浮かび上がってこざるをえない。そうであれば、上記のような分類がかならずしも妥当ではない場合もあり、この「共働」をめぐる二つの立場の理論的対立点は、ある意味では錯綜している場面であるともいえる。これに対し、判例が示す考え方は予備段階での共働を全面的に承認する立場といってよい。たとえば、犯罪行為の遂行を取り決めること(いわゆる通謀)、行為計画へ関与することを通じて実行担当者の行為決意を強化すること、これらの態様でも共同正犯に要求される客観的な寄与として十分であるとしている。しかし、このような関与方法の承認はあまりにも主観的な側面を重視することとなり、共同正犯に要求されている客観的な成立要件、すなわち「共同の行為遂行」という要件を軽視することになる、という批判が強い。そのような問題状況のなかで、本稿においては、ドイツの判例理論が示している「犯罪行為の取り決め」ないし「行為決意の強化」という基準が、共同正犯の成立に必要とされる客観的な寄与として十分なものか、検討することをとおして、共同正犯論における「共働」ということの意義を考えることを目的としたい。

II 分析の視角

ドイツの判例理論において、この共同正犯の客観的寄与に関する問題は概略次のように捉えられていると考えられる。すなわち、共同の行為決意が存在する場合には、所為への人的な共働が予備的段階に限定される関与者であっても共同正犯と評価できる、とされている⁽⁴⁾。たとえば、実行行為の前に助言を与えることによって実行行為をおこなう行為仲間

を助けたり、あるいは、実行担当者の構成要件実現の意思を強化した場合には、予備段階における共働活動として共同正犯と評価できるとしているのである。事案にそくして見ておくことにしよう。禁制品とくに麻薬の密輸入に関して、その予備的段階での共働にすぎなくても共同正犯の成立が肯定されている。たとえば、禁制品を仲間の手を通じて国境を越えて運ばせるために、その行為仲間の一人に心理的な働きかけ、ないし心理的な影響を与えることによって密輸入罪の共同正犯は成立するとされ⁽⁵⁾、また麻薬を指定された期日に他国からドイツ国内に持ち込んだ者に対して報酬を手渡した場合にも共同正犯の成立が認められている⁽⁶⁾。

また、逮捕を逃れるために未必的な武器の使用を黙示的に取り決めていた場合であっても謀殺罪の共同正犯が認められた事案も重要である。この事案においてBGHが示した考え方は、予備段階での共働を認める判例の論拠が端的に提示されている。それを検討の素材とするためにこの判決を簡単に見ておくことにしよう。

連邦通常裁判所1991年1月15日第5刑事部判決⁽⁷⁾

〔事実の概要〕

被告人は、所為の2ヶ月前、期限付きの仮釈放（Hafturlaub）から刑務所に戻らなかった。彼は同じ理由でもう何年も警察に追われていたDから説得された。大きな麻薬取引を計画していたDは、その取引のために被告人を仲間に引き入れたいと思っていた。彼は被告人を家に泊め、2万マルクを与え、そして拳銃を手渡した。それ以後、被告人はその拳銃を常時携帯するようになった。Dは以前に盗んだ車を改造し、逮捕を免れるためには武器を使用することを決意し、必要とあれば警官をも殺害することを決意していた。Dは警官の殺害という状況に至れば、容赦なく、すくなくとも条件的な殺人の故意をもって被告人は自分と同様に武器を使用するであろうから、いかなる場合でもかならず逮捕を逃れるために、相互的な支援と相互的な側面支援を与えあうことになる、このことを前提にしていたのである。また被告人もこのことを認識していた

のである。ただし陪審裁判所はこのような取り決めの日時および具体的な状況に関する詳細な認定をなしえなかったが、いずれにせよ被告人たちは逮捕が差し迫った場合には警官の殺害を認容してでも逃亡のために武器を使用することを決意していたのである。

1987年10月22日18時30分頃、路上で、Dと被告人は二人の私服警官から身分の証明を要求された。被告人はすでにその前から別の仲間が運転するDの車が覆面パトカーによって尾行されていることに気付き、Dに注意を促していた。私服警官に話しかけられたとき、Dと被告人は自分たちが警察官と相対していることを認識していたのであった。さらに二人の警官が武器を携えて近くに立っていた。検問中の警官が脇へ寄った後で、もう一人の警官が被告人の方へ武器を向けた。被告人は武器を抜かなかった。Dはまず被告人の前に立っていた警官を逮捕を免れるために射殺した。すぐに被告人は犯行の放棄を示すために両手を挙げて、その後、その場から後方の生け垣へ自分から倒れこみ、そこへ滑り落ち、結局、生け垣のそばの歩道に両手を折り曲げたまま倒れていた。その後、みずからと被告人が逮捕されるのを妨げるために、Dは近寄ってきた別の警官を射殺した。そのとき、被告人は立ち上がって逃走したのであった。Dは被告人がみずから倒れこみ、その場から逃走していたことに気付かなかったのであり、むしろ被告人はいまだ自分の近くにいるものと思い込んでいたのであった。Dは直接的な殺害の故意でもって残る二人の警官に向けて発砲したが、命中しなかった。その後、彼もその場から逃走した。

〔判決理由〕

「……Dと被告人はいかなる場合であっても逮捕を免れるために相互的な支援と側面支援を与えあうことについて合意していた。警官に直面した場合、たった一人で立ち向かうのではなく、Dと同じように、必要とあれば警官を射殺することによって逮捕を免れる覚悟をしていた運命を共にする仲間が側にいるという安心感をDに与えたことによって、被

告人は、共同の行為計画に向けて本質的な寄与を遂行したものである。もし側面支援がなされていれば、そのつど他の者の防衛にも役立っていたことだろう。

(a)共同正犯に必要とされる共同の行為決意は明示的な行為あるいは黙示的な行為によってもなされうる。たしかに陪審裁判所は逮捕が差し迫った場合に武器を使用することに関する被告人とDとの間の言葉による合意を確定することはできなかった。しかし、原判決のなかに伝わる諸事情は一すなわち、しっかりと武装した自動車を使い、Dによって計画された重大な犯罪行為を実行するため、Dによってなされた的確な被告人への勧誘、被告人の武装、2万マルクを贈ったこと、そしてDと対等とされたグループ内での被告人の特別な地位—すくなくとも黙示的に合意された共同の行為計画が存在し、ここでは、お互いが気付いた監視に直面して具体化されたとする事実審裁判官の見解を支持するものである。被告人は、その時点において、みずからを守るために、そして、その折に他の者を守るために発砲するという合意を堅持しようとしていたことは明白である。Dもまたこの合意の枠内において行為したのである。Dの最初の発砲は共同の決意の具体化、すなわち、獲得された合意の枠内においてなされた行為であった。この行為事象の際に、そして、その直前に、被告人がその場に居合わせたことが彼に行為支配への必要的な関与を与えたとする事実審裁判官の見解には、法的に異議を唱えることができない。

(b)所為の共同実行は、各共同正犯者がみずから法律構成要件のメルクマールを実行することを前提としない。つまり、伝統的な判例に従うならば、共同正犯者が所為を実行する仲間の行為決意を強化するような予備行為もそれに属する、実行行為とは異なった共働で十分である。陪審裁判所は、このことを差し迫った逮捕から免れるために武器の使用を黙示的に取り交わし、かつ被告人とDとが危険を共同したと認定したことによって、十分に基礎づけたのである。

(c)被告人は所為をみずからのものとして意欲し、かつ、そのことによって一幫助者としてのみならず一共同正犯者として所為を促進したとする地方裁判所の評価にも異議を唱えることはできない。これらの認定に従うと、被告人は行為支配を有していたのである。いずれにせよ、地方裁判所が的確に明らかにしたように、車から降りた際に、被告人は私服警官を警官と見抜いていたのであり、そして、Dに取り決めに反して発砲しないように要求できたにもかかわらず、被告人は最初の致命的な発砲の前に、彼がその場所に居合わせたことそのこと自体によって、かつ武器を携行し続けたことによって、Dに対する心理的な支援を放棄しなかったのである。この場合、被告人はDと同様に逃走中であって、重い拘留に服さずに自由のままでいたかったという点に利益を有していたので、行為結果に対するみずからの利益から行為したものである。

(d)陪審裁判所が最初の発砲だけでなく、その後に続いた発砲をも被告人に帰属させたことは適切であった。たしかに、被告人が両手を挙げたのは彼がさらなる発砲をもはや望んでいないことをDに示すためであったのかどうか、あるいは彼自身が撃たれることを防ぐために、彼に狙いを定めていた警官にのみその犯行の放棄を合図しようと思っていたのかどうか、これらの点に関して原判決からは読み取ることができない。しかし、これらの点に関してここでは確定しないままであってもよいのである。もしかりに被告人が最初の発砲の後にさらなる発砲についてもはや同意できないと思っていたとしても、この心変わりとは、ここでは意義をもたないのである。というのは、彼が発砲の前に遂行した一共同正犯を基礎づけるような一諸寄与は、全行為事象の間中、その効力を及ぼし続けていたからである。行為事象に対する被告人の諸関係の価値的な考察の枠内においては、Dがその放棄を知っていた場合にのみ被告人の放棄は法的に重要なものでありえた。また、そのような場合にのみ、Dのさらなる行為へ影響を及ぼすことができたのである。Dが被告人の放棄を認識していなかったことは原判決から読み取ることができる。Dは被

告人がすぐに自分から倒れこんだことも、逃走したことにも気付いていなかったのである。彼は最後の発砲に至るまで被告人がすぐ側にいるものと思い込んでいたのである。Dは行為事象の最後に至るまで被告人に擁護されていたと感じていたことだけは、この認定から理解できるのである。……」

〔判決の検討〕

本判決の問題点としてまず検討されるべきことは、被告人は警察官の殺害行為そのものには何らの関与もしていない、と評価できるかどうかという点である。本判決が挙げる理由によれば、実際に武器を使用しなくとも、事前の計画に同意し、その武器を携行し、実行者の側にいるだけで、彼に対する心理的支援は認められるのであり、そのような心理的な支援は実行行為以外の共働ないし実行担当者の行為決意の強化と評価されることになる。しかし、この判決が「所為の共同実行」を武器使用の黙示的な取り決めを認定することによって十分に基礎づけたと考えているならば、まさしく「共同の実行」を共同の行為決意のなかにおいて認めていることになり、共同正犯における独自の要素としての共同実行が消し去られる、ということの意味している⁽⁶⁾。しかし、そうであれば、法規に合致しないことである。というのは、25条2項においては「共同の行為遂行」ということが明確に要求されているのであって、「共同の取り決め」が要求されているわけではないからである。

たしかに BGH は共同正犯に必要とされる共同の行為決意ないし行為計画は黙示的な行為によってもなされうることを前提にして、被告人がDから手交された拳銃によって武装していたこと、2万マルクを貰ったこと等から、黙示的に合意された共同の行為計画が存在していたことを認め、さらにこの行為計画が警察による監視に気付いたときに具体化されたとする原審の認定を肯定している。しかし、これらの認定によっても、被告人が2名の警察官殺害について行為支配をなすために実際には何をおこなったのか、という疑問に対して、何もしていなかったという

答えしか用意されていないとする批判が可能である⁽⁹⁾。つまり、BGH の見解とは反対に、武器使用の黙示的な取り決めに認定することでは、所為の共同実行に関しては何も述べていないことになり、まして、それを十分に基礎づけるものでもないのである。

さらに、「その場に居合わせたことそれ自体による心理的な支援」は行為寄与として問題にならないとする批判がある。というのは、「その場にいることそれ自体」とは状態であって、行為ではないのであり、しかもそのような状態は、被告人によって D を心理的に支援するために故意的に作り出されたわけではなかったからである⁽¹⁰⁾。とくに、両手を挙げ、身を伏せて以降の D の発砲行為についても、被告人に帰属させられているが、そのことは「その場にいる」という観点からの確に説明することができるのであろうか。その場にいるからこそ、心理的な支援という観点を認めることができるのであり、その場にいない以上、とりわけ、被告人が逃走した後の D の発砲行為には心理的な支援はなかったと評価すべきではないのか。そうであれば、心理的な支援はもはや存在しない以上、この場合に、判例に従って行為支配を認めることは困難であると解されるのである⁽¹¹⁾。

それでは、被告人が犯行を放棄したという点をどのように評価すべきであったのだろうか。認定された事実に従い判決が語るところによれば、最初の致命的な発砲に関しては、武器を携行しつつその場にいたことに D に対する心理的な支援を認めているが、両手を挙げて身を伏せた以降については、それがどのような意図からかは、確定しなくてもよいとしている。また D 自身がなお被告人の逃亡を認識していなかったという点を重視している。つまり、あたかもそこにいるかのように考え、そのことによって、ある程度、当初の計画どおり、自分を支援してくれているはずである、という D の思い込みを重視していることになる。しかし、「みずからが携行していた武器をまったく使用しなかった」という点からは、被告人が最初からその犯行を放棄していたと解されるのであり、そ

うであれば、逮捕を免れ、逃亡を貫徹するために武器を用いること、場合によっては追捕にきた警察官をも殺害する計画であった、という点については、そもそもそれが相互的に合意されたものであったのか、あるいは合意されたものであっても被告人にはそれを具体化する意思はなかったのではないかと解されるのである。この点について、判決は取り決めの日時および具体的な状況を詳細にすることはできず、また明確な「言葉」による合意というものの存在を認定することはできないが、共同の行為計画あるいは共同の行為決意は「黙示的」な形態でもなされるところによって、その枠内において被告人は一定の行為をなしたと評価しているのである。

さらに、「被告人が銃を用いなかった」という点を指摘する場合、最初に取り決めたこと、あるいはその実行の着手として解釈できるようなことを何もしていなかったのではないかと、そのように批判することができる⁽¹²⁾。たしかに BGH は「被告人はその場にいることによって行為支配に必要とされる関与をなした」としている。しかし、単に消極的に「その場にいたこと」では正犯として説明することはできない。威嚇あるいは発砲の放棄と評価できる場合に、替わりに「その場にいる」ということを強調することで正犯性を基礎づけるならば、「何もしない」(Nichtstun) ということは絶対に行為支配を基礎づけることはできないという点を、見失っているものといえる。論者によれば、判決は「被告人が D に取り決めに反して発砲しないように要求できた」ことに行為支配を求めているが、このような捉え方は行為支配概念を誤解するものである、とされる。なぜなら、積極的に介入することによって結果を妨げる可能性ならば幫助犯あるいは部外者でさえも有するからである。つまり、行為支配とは結果を妨げるのではなく、結果を積極的に惹起することに対して共同形成的に関与したことが行為支配を形成するのである、とされている。

伝統的な判例理論に従えば、所為の関与者が共同の意欲に基づいて構成要件実現を促進する寄与を遂行した場合、そして、その寄与が関与者

の意思方向に従って他の関与者の行為の単なる促進としてではなく、全関与者の活動の部分として現れた場合、それゆえ、その寄与が他人の行為を関与者みずからの所為の部分に補完するものとして現わす場合には、共同正犯が成立することになる⁽¹³⁾。また、関与者が所為に対し非常に緊密な関係を有していたかどうかは、関与者の表象によって包括された全事情に従って価値的な考察において判断されなければならない。とりわけ、行為結果に対するみずからの利益の程度、行為関与の範囲、行為支配への関与、もしくはすくなくとも行為支配への意思といったものが本質的な手掛かりになるとされるので、所為の実行と結果は決定的に共働者の意思に左右されることになる。この考え方に従うならば、関与者が所為の成功に対してみずから利益を有していた場合、関与者が行為計画の対等で共同の担い手である場合、関与者の寄与が所為の実行にとって本質的な意義を有していた場合、および共同の行為の分業性が存在していた場合には、予備的ないし準備段階における活動であっても共同正犯の成立を肯定できる、とされているのである⁽¹⁴⁾。

このような判例の示す基準に忠実に従うならば、主観的な側面を前提にした客観的な側面、すなわち行為決意を前提にしたうえでの行為寄与ということを十分に考慮することになると思われるが、実際には犯罪を取り決めること（いわゆる通謀）ないし実行行為者の行為決意の強化といったことしか見て取れない場合にも、共同正犯の成立が認められているのである。上記の判例が示す基準から検討してみると、たとえば①所為の成功に対して固有の利益を有していたか。この点に関しては判決がいうように被告人はみずからが逮捕を免れることに利益を有していたと解される。②行為計画に対して対等で共同の担い手であったか。これについてはD自身がみずから計画した犯罪的行為の遂行のために被告の協力を必要とし、そのために多額の金銭を贈り、かつ武器を手交し、被告人を勧誘したこと、およびグループ内で対等の地位とされていた点から、共同の担い手であったと理解することができる。③関与者の寄与は

実行行為に対して重要な意義を有していたか。この点について本判決は実行前の行為計画への関与がその後の実行行為へ及ぼした影響という点、およびその場に被告人がいたということが実行者を鼓舞したという点から被告の寄与は本質的なし重要なものであったと評価されている。しかし判決が認めている被告人の寄与は実行前の関与行為であって、実行行為そのもの、いいかえると実行段階での寄与ではないことに注意すべきである。問題はこの実行前の寄与をどのように評価すべきか、という点に関わることである。④共同行為に際してそこに分業性が存在したか。すくなくとも被告は謀殺罪の実行行為とされるような行為をその場においては何らしていないと理解できる。むしろ被告は実行者による警官への発砲が開始されてすぐに身を伏せることによって、犯行から脱落していたと考えられるのであり、分業と評価されるべき行為は何もしていないのである。このように判例が示す基準にしたがって考えた場合、本件事案は①および②の基準は充足されるが、③および④の基準からは、はたして共同正犯と評価されるべき事案であったか、疑問が残る。しかし、本件事案において、被告には、実際の犯罪行為が実行者によって遂行されてからは自身が犯行に加担することを放棄しているにもかかわらず、謀殺罪の共同正犯が認められているのであり、もしこのような場合に共同正犯を認めることが妥当であると考えれば、それを認めるための最大の論拠は、まさに実行前の犯罪の取り決め、ないし行為計画への関与を通じて実行担当者の行為決意を強化したこと、この点に尽きることになる。

このようなBGHの示した考え方に対し論者はいう。すなわち、この事案においては幫助犯の成立を認めることのほうが正しい。というのは、被告人は初めから共同正犯を基礎づけるような行為寄与をなしていなかったもので、たしかに心理的な幫助を基礎づけるが、しかし行為支配には十分ではない実行者の行為決意の強化だけは効果を及ぼす関与として残るからである。だれもが認めるように、この判決が依拠している行為

決意の強化とは「心理的な幫助」の典型例である、と⁽¹⁵⁾。さらに次のような批判もある。すなわち、予備段階での取り決めを、実行者がまったく単独でおこなったことを被告人に正犯者として帰属させるための唯一の根拠とすることはできない。もし被告人に正犯として帰属させることができるすると、被告人にとって実行者が自由を奪われた「道具」であり完全に答責的な正犯者でない場合にのみ、そのことは正しい、という⁽¹⁶⁾。

判例の示している考え方に対し学説は批判的である。たしかに、主観的正犯・共犯理論を採用する論者だけではなく、行為支配説を採用する論者の多くもまた予備段階において寄与をなす場合にも共同正犯の成立は認められるとしている⁽¹⁷⁾。しかしそれらの見解においては、どのような予備段階の関与行為であっても共同正犯の成立に必要とされる寄与と考えられているわけではないことに注意するべきである。というのは、行為支配説に依拠する見解のなかでは、予備段階における行為に特別な要求をすることによって共同正犯の成立を制限しようとする考え方が通説的な地位を占めていると解されるからである。たとえば、犯行現場にいない共同正犯者に関していわゆる「首領」をイメージしつつ、行為計画の「共同形成」あるいは「所為の組織化」といったことを基準として提示したり⁽¹⁸⁾、「形成支配」といったことをその条件として提示したりすることによって⁽¹⁹⁾、予備段階での関与行為に何らかの制限を加えようとしているのである。

また、共同正犯に必要とされる寄与は行為の実行段階での共働に限定されんとする見解は⁽²⁰⁾、完全に予備段階での共働という考え方を否定していると解されるが、ただしこの見解においては、実行段階とされる時間的範囲および場所的範囲、あるいは本質的な共働の意義をどのように捉えていくのか、これらの理解の仕方によっては判例の態度は批判されるとしても上述の見解には結論的に接近する可能性はある。その主張者によれば、「実行段階」という概念は未遂の開始時期から行為の実質的終了時期までを含むものであるとされ、行為の実行に際して、犯行現場に

行為者が「肉体的」にその場所にいることを絶対に必要とするものではないが、すくなくとも、その現場にいない者によって、たとえば無線ないし電話などを用いて、行為の遂行が指導ないし調整されている必要はある、とする。これらの見解に依拠する限り、判例の示した考え方は批判されることになる。つまり、いずれの立場に依拠するにせよ、単なる行為決意の強化ないし犯罪の取り決めといった点は、場合によって予備段階での共働が認められるにしても、無条件に共同正犯に必要な客観的寄与とは評価できないとされていることになる。

しかし、判例が提示している「犯罪的行為の遂行を取り決めること」および「行為決意の強化」という基準は、共同正犯論を考察するうえで重要な視点を与えるものである。そもそも、共同正犯は「一部実行の全部責任」という言葉が示しているように、部分的な行為しか遂行していない者が発生した結果の全体を帰属させられる、という点に特徴がある。関与者全員が各自で構成要件の全メルクマールを充足していたならば、共同正犯という考え方をを用いてその正犯性を積極的に基礎づけていく必要性はあまり認められないかもしれない。しかし、通常、共同正犯とされる事態とは、ある所為が「分業的」に遂行され、その結果、各関与者は客観的にはそれぞれが部分的行為を遂行したにすぎない場合を想定する。この意味で、各関与者の規範侵害的態度は全体行為がもたらす不法に合致しないか、あるいは単に部分的な一致を見て取るにすぎない、という指摘は正しい⁽²¹⁾。それゆえ、共同正犯とされる場合には、分業的に生じた結果を各関与者に帰属させるために、共同正犯に固有の帰属原理を前提にして各関与者の正犯性を考察しなければならない⁽²²⁾。つまり、各共同正犯者は構成要件的行為のある一部分のみをおこなうか、あるいは関与者が予備的行為にのみ関与する事態はまれではない、むしろそのような事態を想定するのが共同正犯の規定であると解されるので、判例が示している論拠は、最初から共同正犯（論）に内在する問題性を浮かび上がらせるものではある。

III 行為決意の強化は客観的寄与に十分か？

対立する二つの学説は、「実行段階」を実質的に考察することによって、つまり、実行段階に時間的に幅を持たせることによって、また単なる犯罪の取り決めへの関与ないし行為決意の強化では寄与に十分ではないとすることによって、具体的事案への適用場面において同様の結論に至る可能性が生じている。たとえば、行為寄与はすべて所為実行の構成部分でなければならない、所為の予備的段階での関与だけでは十分でない。というのは、それのみでは、いまだ行為支配への関与を引き受けたことにならないからである。しかし、行為の計画や準備を引き受けた者は事象経過を形成し、それによって行為支配を分担している、と指摘する論者もいる⁽²³⁾。あるいは、所為それ自体のなかに「沈黙しない」ような取り決めへの単なる関与では十分とはいえない。所為が完了した後に、初めてその詳細が明らかになるような事前に約束された行為が共同正犯の成立に十分であるとされるのは、通常、その行為が所為の実行を容易にしたり、または可能にしたり、あるいは明白な危険を減少させたりしていた場合に限定される、と主張する見解もある⁽²⁴⁾。もし仮にこれらの見解に依拠するとすれば、各関与者が共働しなければならない所為の段階に時間的および場所的に幅を持たせることによって、事案によっては予備段階の共働でも共同正犯としての寄与は十分に認められるのであり、また、取り決めへの関与ないし行為決意の強化では十分ではないとすることによって、共同正犯に必要とされる寄与は、結果の発生に対し、ある程度、本質的であることが要求されることになるのである。そうであれば、予備段階における共働を承認するか否か、という視点ではなく、実行者の行為決意を強化するような予備行為で十分であるとする判例と、実質的な予備段階での共働を要求する学説とが対立しているという理解もできるのではないか。さらに、行為決意を強化することが共同正犯に必要と

される客観的寄与として評価されるべきか、検討しておこう。

まず問題となるのは、犯罪を取り決めることないし犯罪の遂行を協定すること、あるいは、それをとおして実行者の行為決意を強化することが共同正犯における寄与として十分であることを認めたとしても、この場合、それ以上、客観的な寄与を要求しないのであれば、そのことは「共同正犯の構造」に矛盾しないのか、という点である⁽²⁵⁾。通常、共同の行為決意のほかに、共同正犯においては、各関係者が共同の行為決意に基づき、その枠内で客観的な行為寄与をなさなければならないことは「必要条件」とであるとされている⁽²⁶⁾。つまり、ドイツ刑法25条2項に規定される「犯罪的行為の共同遂行」とは、主観的な意思の一致をとおして共同関係を生じさせる共同の行為決意のほかに、さらに「遂行」ということを含んでいる。しかし、判例が原則的に客観的寄与として十分であるとしている「取り決め」ないし「犯罪の協定」あるいは「行為決意の強化」といったことは、行為の遂行に関する共同の行為決意の存在を示すのみであり、それ以上のことを指摘するものではないといえる。たしかに、遂行された所為の全容を明らかにする場合、意思連絡ないし意思の合致という主観的な要素と、そのことに基づいて構成された助言あるいは提案という計画にそくした組織内での客観的な活動ないし行動を明快に区別することは難しい。場合によっては、それを「客観的」な寄与として評価できるかもしれない。しかし、BGH が行為寄与として十分に足りると評価している「取り決め」などは、所為遂行に関する共同の行為決意を超過する内容を含んでいないのである。判例の依拠している考え方は、一般的に認められている共同正犯の客観的な要件を不要とし、共同正犯に関する法規の内容に矛盾するものであるといえる。

次に問題となるのは、実行を担当しない関係者が直接的に実行行為を担当する者の行為決意を単に強化しただけで、客観的に「共働」として十分であるといえるのか、ということである。行為決意の強化とは、前述した論者の指摘にもあるように、心理的幫助の典型例であると解される

が、仮に判例の考え方に依拠した場合、行為決意を強化するという以上のことは何もしなされていないにもかかわらず、それでも客観的寄与に十分であるとするならば、共同正犯と狭義の共犯を区別する場面が完全に行為者の「主観的な領域」に移行することになる、という論者の指摘は重要である⁽²⁷⁾。もしそうであれば、判例のとりかたは重大な矛盾を抱えていると解される。というのは、上掲の判決にもあるように、BGH みずから行為支配による基準を提示しているにもかかわらず、一方においては主観説による基準をも提示しているからである。このような BGH の示している態度には、明確性と法的安定性を損なうものである、という批判がなされている⁽²⁸⁾。とくに上述した分析の視点②ないし④に関しては行為支配説的な基準であると理解することができる⁽²⁹⁾。

たしかに、(実質的な)予備段階での共働を認める見解においても、その立場の論者が明言するように、共同正犯と共犯(とくに幫助犯)を区別するために主観的な要因を考慮する必要性が生じる場合もある⁽³⁰⁾。しかしその立場においては判例と異なり、予備段階における、結果発生に対して本質的な寄与が要求されていることに注意する必要がある。この点においても、予備段階での共働を承認する見解を一概に捉えられないことが明らかである。それでは、判例の論拠とは異なった観点から、予備段階での共働が承認されるのはどのような場合かを考えておこう。

実質的な観点から、予備段階での共働が認められるのは以下のような場合に限定されると理解できる。すなわち、所為の実行を共同して支配することを可能にするように、所為に対して、詳細であり、形成的で本質的な計画の実行と組織化の遂行を十分に基礎づけていた場合である。これに対して、実行者の行為決意を単に強化することだけでは、構成要件に該当する行為をおこなうか否か、またおこなうとしてその方法に関する共同決定を基礎づけることはできない。また、構成要件に該当する事象経過の共同支配を基礎づけることはできないと解される。というのは、その程度の関与の仕方であるならば、各関与者がある程度対等に権

限を有し、分業的な態様で他者と活動し、もしくは活動することを意欲する等の共同正犯の本質的な要件を充足しないからである⁽³¹⁾。

IV 結論

実質的な意味で予備段階の共働を認める見解に依拠する論者は次のように主張する。すなわち、共同正犯に必要とされる客観的寄与とは、広い意味での構成要件の充足に際して影響を及ぼし続けていれば足りるのであり、犯罪の実現を可能にしたり、あるいは、その実現が失敗する危険性を減少させること、たとえば所為それ自体が終了してから、仲間の安全を確保することが任務として関与者に課せられていた場合などは十分な寄与として評価しなければならない、という⁽³²⁾。また別の見解によれば、所為実行への共働は客観的な行為寄与を前提とするが、客観的な行為寄与は構成要件の実現に直接的に関係している必要はなく、予備段階において遂行されることもありうる、とされている⁽³³⁾。ただし、いずれの立場も単に犯罪行為の遂行を取り決める、ないし犯罪を協定する、そしてそれらをとおして実行者の行為決意を強化するといったことでは、客観的寄与として評価できないとしている。すなわち、判例の示している考え方とは、実行行為に比肩しうるような寄与を要求することによって、区別されることになる。たとえば、「所為実現に対する重要度」、あるいは「後続の行為実行に対して有している重要度」といった基準を提示しているのである⁽³⁴⁾。しかし、このような見解もまた別の論者によって批判されている。すなわち、実行段階において行為寄与を欠いたことは、予備段階での共働によって埋め合わされるものではない。というのは、両者は質的に異なって評価されるべきものであるからである、と⁽³⁵⁾。これに対しては次のように反論することができる。すなわち、予備段階での共働は、所為全体から見た場合、実行段階での欠けた寄与部分の単なる補填ないし埋め合わせということにとどまらない。とくに批判的な

立場からは、共同の所為遂行とは共同正犯の本質的な要件であり、全体事象における別の要素で置き換えられるものではないとされるが、共同正犯の本質とされる共同の所為遂行とは、各関与者がみずからの関与行為をもって共働することを意味し、各自が共働することによって犯罪結果の発生を容易にする、あるいは結果発生を確実なものにすることを目的とする。この本質から見た場合、そもそも共同正犯においては、関与者各自の部分的な行為しか存在しないにもかかわらず、発生した結果の帰属が各関与者になされることが特徴である。それゆえ、部分的な行為であっても、行為の全体から、結果発生に本質的に寄与したと評価できるところに「共同」の意義がある。結果発生に向けてどのように関与したのか、その関与は結果発生に対して本質的であったのか、ということを前提にすると、予備段階での共働であっても結果発生に十分に寄与したと評価できる場合があるのである（いちおう実質的な意味での予備段階ということを前提にして）。そうであれば、予備段階の共働とは共同の所為遂行として評価されることを前提にしているのあり、けっして全体事象のなかに存在するとされる他の要素の置換ではないのである。

実行段階、予備段階、いずれの立場から所為遂行ということを考えていくのか、という理論的な対立点が止揚される契機となるのが判例理論への距離の取り方、あるいは構え方と考えられる。いずれにせよ、複数の者によって所為が遂行されることで結果発生を容易にし、結果発生の失敗の危険性を減少させることで結果発生を確実なものにしていくという共同正犯の本質から、共同正犯に要求される客観的寄与の意義および性質も理解されなければならない。それゆえ、(実質的な)予備段階での共働を認める立場に依拠しても、客観的寄与は結果の発生に対して本質的なものであることが要求されることになる。このことは、とくに判例理論との対比のなかで、犯罪遂行を取り決めること、協定すること、そのことをとおして実行者の行為決意を強化すること、このような態様では共同正犯の寄与として十分ではないとする通説的見解にとって重要で

ある。つまり、判例とは異なった論拠から予備段階での共働を承認するならば、判例が示した考え方に従うことはできないし、むしろ、判例よりも「限定的」に予備段階での共働を捉えていく必要があるわけである。

〈注〉

⁽¹⁾Schönke-Schröder-Cramer, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 25 Rn. 66.

⁽²⁾一応の分類として、予備段階での共働で足りるとする見解には、Blei, Strafrecht I, AT, 18. Aufl., 1983, S. 278.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, 10. Aufl., 1995, § 29 Rn. 83, S. 615.; Bockelmann/Volk, Strafrecht, AT, 4. Aufl., 1987, S. 189.; Cramer, a. a. O. (Fn.1), § 25 Rn. 66.; Gropp, Strafrecht, AT, 1998, 10 Rn. 85, S. 321.; Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, 21/48, S. 620.; Köhl, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1997, S. 707-8.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband. 2, 7. Aufl., 1987, S. 293.; Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, 5. Aufl., 1996, S. 277.; Stratenwerth, Strafrecht, AT, 3. Aufl., 1981, S. 233.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 110.; Wessels/Beulke, Strafrecht, AT, 28. Aufl., 1998, Rn. 529, S. 157-8.などを挙げるができる。

⁽³⁾この立場に立つ見解としては、Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., 1994, S. 292 ff., 656 ff.; Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 197 ff.; Bottke, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, S. 88 ff.; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 319 ff.などがある。

⁽⁴⁾BGHSt. 36, 249, 250.; BGHSt. 37, 289, 292.; BGH NStZ 1995, 122.

⁽⁵⁾BGH StV 1986, 384.

⁽⁶⁾BGHSt. 36, 249, 250.

⁽⁷⁾BGHSt. 37, 289. なお、この判決については、鈴木彰雄「ドイツ刑事判研究(17)」『比較法雑誌』26巻1号(平成4年・1992年)83頁以下参照。

⁽⁸⁾Roxin, Anmerkung, JR 1991, S. 207. エルプおよびシュタインもロクシンの指摘を適切であるとしている、Erb, Mord in Mittäterschaft-BGH, NJW 1991, 1068, JuS 1991, S. 197, 200.; Stein, Anmerkung, StV 1993, S. 411, 414.

⁽⁹⁾Puppe, Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?, NStZ 1991, S. 571, 572. なお、プッペの見解については、拙稿「黙示の意思連絡について」『法律論叢』70巻2・3号(平9年・1997年)95頁以下参照。

⁽¹⁰⁾Puppe, a. a. O. (Fn.9), S. 572.

⁽¹¹⁾Roxin, a. a. O. (Fn.8), S. 207.

⁽¹²⁾Roxin, a. a. O. (Fn.8), S. 207.

⁽¹³⁾BGHSt. 6, 249.

⁽¹⁴⁾BGH NStZ 1984, 413.

⁽¹⁵⁾Roxin, a. a. O. (Fn.8), S. 207.

⁽¹⁶⁾Puppe, a. a. O. (Fn.9), S. 572.

⁽¹⁷⁾前掲注(2)に挙げた文献を参照。

⁽¹⁸⁾Welzel, a. a. O. (Fn.2), S. 110. ; Stratenwerth, a. a. O. (Fn.2), S. 223. ; Cramer, a. a. O. (Fn.1), § 25 Rn. 66. ; Otto, a. a. O. (Fn.2), S. 277. ; Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Fn.2), § 29 Rn. 83, S. 615. ; Wessels/Beulke, a. a. O. (Fn.2), Rn. 529, S. 157-8., usw.

⁽¹⁹⁾Jakobs, a. a. O. (Fn.2), 21/48, S.620.

⁽²⁰⁾前掲注(3)に挙げた文献を参照。

⁽²¹⁾Vgl. Derksen, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, S. 163, 165.

⁽²²⁾Cramer, a. a. O. (Fn.1), § 25 Rn. 61.

⁽²³⁾Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, S. 680.

⁽²⁴⁾Cramer, a. a. O. (Fn.1), § 25 Rn. 68.

⁽²⁵⁾Küpper, Anmerkung, NStZ 1995, S. 331, 332.

⁽²⁶⁾Küpper, a. a. O. (Fn.25), S. 332. vgl. Bockelmann/Volk, a. a. O. (Fn.2), S. 189. ; Cramer, a. a. O. (Fn.1), § 25 Rn. 63. ; Wessels/Beulke, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 528, S. 157., usw.

⁽²⁷⁾Küpper, a. a. O. (Fn.25), S. 332.

⁽²⁸⁾Küpper, a. a. O. (Fn.25), S. 332.

⁽²⁹⁾Jescheck-Weigend, a. a. O. (Fn.23), S. 675.

⁽³⁰⁾Cramer, a. a. O. (Fn.1), § 25 Rn. 66.

⁽³¹⁾Küpper, a. a. O. (Fn.25), S. 332-3.

⁽³²⁾Cramer, a. a. O. (Fn.1), § 25 Rn. 66.

⁽³³⁾Otto, a. a. O. (Fn.2), S. 277.

⁽³⁴⁾Otto, a. a. O. (Fn.2), S. 277. ; Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Fn. 2), § 29 Rn. 83, S. 615.

⁽³⁵⁾Zieschang, Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium ?, ZStW 107 (1995), S. 361, 376.